Das Vorkaufsrecht

Ein Versuch zur Dogmatik des Begriffes des Eigentums am Grund und Boden

---

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Breslau

—

Vorgelegt von

Eduard Freund

Referendar in Breslau

Druck von Londner's Buchdruckerei in Hannover

1926

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

—

Berichterstatter: Professor Dr. jur. E. Brück

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

L I T E R A T U R

Alfasi, Isaak Halachoth.

Basiliken Ed. Heimbach.

Bechmann System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2. Teil, 1. Abteilung. 1884.

van den Berg, L. W. C. De Beginselen van het mohammedaansche Recht, volgens de imam's Aboe Hanifat en Sjafi'i. 3. Auflage. Batavia & s'Gravenhage. 1883.

van den Berg, L. W. C. Minhadj-Attalibin, le guide des zélés croyants, manuel de jurisprudence, musulmane selon le rite de chafii. Batavia. 1883.

von Brünneck, W. Siziliens mittelalterliche Stadtrechte. Halle. 1881.

von Brünneck, W. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung in der germanistischen Abteilung. Band 1, S. 125 ff.

Bücher, Karl Das Ureigentum. Leipzig. 1879.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Codex Justinianus.

Codex Theodosianus.

Dembitz, Lewis N. Neighbouring Landowners in the Jewish Encyclopedia. New York. 1905 Band 9, S. 213, 214.

Dernburg-Sokolowsky System des römischen Rechts, 9. Aufl. Berlin. 1911.

Dittenberger, Wilhelm Sylloge inscriptionum Graecarum. 3. Aufl. Leipzig. 1920. Band 3.

Draganescu, George Studien zur Geschichte und Dogmatik des rumänischen Näherrechts, vergleichend dargestellt, zugleich ein Beitrag zum Problem der Entstehung des rumänischen Rechts. In Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Band 32, S. 186 ff.

Gierke Deutsches Privatrecht.

Gierke Genossenschaftsrecht. Band 1 und 2.

Girard-Mayr Geschichte und System des römischen Rechts. Berlin. 1908.

Goldschmidt, Lazarus Der babylonische Talmud. Bd. 6. Leipzig. 1906.

Hamilton, Charles — Standish Grove Grady. The Hedaya or guide, a commentary on the musulmans laws. 2. Ed. London. 1870.

Harmenopuli, Constantini Manuale legum sive hexabiblos. Ed. G. E. Heimbach. Leipzig. 1851. Band 3.

Hermann, K. F.	Lehrbuch der griechischen Rechtsaltertümer. 4. Auflage. Besorgt von Th. Thalheim. Freiburg und Leipzig. 1895.
Heumann-Seckel	Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Auflage. 1907.
Houdas, O. und Martel, F.	Traités de droit musulman, La Tohfat d'ibn Azem. Algier. 1882.
Karo, Joseph	Choschen mischpat.
Keiyzer, S.	Handboek voor het mohammedaansch Regt. s'Gravenhage. 1853.
Kohler, Joseph	Das islamitische Retraktrecht (Schaffa) in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Band 6, S. 272 ff. Stuttgart. 1886.
Kohler, Joseph	Neue Beiträge zum Islamrecht. Daselbst. Band 12, S. 1 ff. Stuttgart. 1895.
Kook, Abraham, Isaac	Bar meçra in oçar Israel. Band 3, S. 170 ff. Berlin. 1924.
de Laveleye, Emile	De la propriété et des ses formes primitives. 4. Ed. Paris. 1891.
Lenel	Edictum perpetuum. 2. Auflage.
Lenel	Palingenesia. Band 2.
Leonhard	Institutionen des römischen Rechts. Leipzig. 1894.
v. Lingenthal, Karl, Eduard Zachariae	Geschichte des griechisch-römischen Rechts. 3. Auflage. Berlin. 1892.
»	Ius Graeco-Romanum. Band 3.
Maimonides, Moses	Jad hachasaka.
Mitteis, Ludwig	Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum in Abhandlungen der phil.-hist. Kl. der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. Band 20, 4. 1903.
Mitteis-Wilcken	Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde. Band 2, 1. Leipzig. 1912.
Monumenta Germaniae Historica	legum. Tom. II. Hannover. 1837.
Mugdan	Die gesamten Materialien zum BGB. Band 2.
Partsch, Joseph	Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrecht in Festschrift für Otto Lenel. Leipzig. 1921.
Perron, M.	Preécis de jurisprudence musulmane selon le rite malékite, Band 4, in Exploration scientifique de l'Algérie pendant les années 1840, 1841, 1842. Band 13. Paris. 1851.
v. Pöhlmann, Robert	Geschichte der soziolen Frage und des Sozialismus in der antiken Welt. 2. Auflage. Band 1. München. 1912.
Preußische Gesetzsammlung von 1896, 1898.	
Puchta	System und Geschichte des römischen Privatrechts. 10. Auflage. Leipzig. 1893.

Reichsgericht	Entscheidungen in Zivilsachen. Band 106, 108.
Reichsgesetzblatt 1919/1920.	
Reichsverfassung.	
Sachau, Eduard	Mohammedanisches Recht nach schaffiitischer Lehre. Stuttgart und Berlin. 1897.
Sachau, Eduard	Syrische Rechtsbücher. Band 3. Berlin. 1914
Santillana, David	Il »Muchthasar« summario del diritto malechita di Chalil ibn Ischaq. Band 2. Mailand. 1919.
Savigny	Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Band 2.
Schloßmann	Über den Begriff des Eigentums in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Band 45. Jena. 1903.
Schröder	Deutsche Rechtsgeschichte. Band 1.
Sohm—Mitteis—Wenger	Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Auflage. 1923.
Stephanus	Thesaurus Graecae linguae. Band 6. Paris. 1842/1847.
Stobaeus, Johannes	Anthologium (Ed. Wachsmuth & Hense). Band 4. Berlin. 1909.
Thukydides	Historien. Teubner. Band 1,
v. Tornauw, Nikolaus	Das moslemische Recht. Leipzig. 1855.
Viollet, Paul	Cararctères collectifs des premières propriétes immobilières in Bibliothèque de l'école des Chartes. XXXIII. Paris. 1872.
Walch, C., F.	Das Näherrecht, systematisch entworfen. 3. Auflage. Jena. 1795.
Wilcken, U.	Aktenstücke aus der königlichen Bank zu Theben in den Museen von Berlin, London und Paris im Anhang zu den Abhandlungen der königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1886. Berlin. 1887.
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts. 9 Auflage. Band 1 und 2. Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Martin	Sachenrecht.

INHALT

Seite

§ 1. **Einleitung** 1

§ 2. **Das gesetzliche Vorkaufsrecht in gemeinem und römischen Recht** . . . . . 2—4

§ 3. **Byzantinisches Recht** . . . . . 5—10

§ 4. **Griechisches Recht** 11

§ 5. **Orientalisches Recht**

a) Syrisches Recht . . . . . 13—16

b) Mohammedanisches Recht . . . . . 16—17

c) Talmudisches Recht . . . . . 18—27

f) Zusammenfassung . . . . . 27—28

§ 6. **Dogmatische Begründung des Vorkaufsrechts**

a) Römisches Recht . . . . . 28—29

b) Orientalisches Recht . . . . . 29—30

EINLEITUNG

§ 1.

Am Tage, an dem das deutsche Volk sich eine neue Verfassung gab, am 11. August 1919, wurde noch ein anderes Gesetz verkündet, das Siedlungsgesetz[1]), durch das, »um von staatswegen die Verteilung des Bodens in einer Weise zu überwachen, die Mißbrauch verhütet«[2]), gemeinnützigen Siedlungsverbänden, (bzw. Landlieferungsverbänden) ein gesetzliches Vorkaufsrecht gegeben wurde[3]). Hiermit wurde eine Institution wieder neu in das Reichsrecht eingeführt, die bis dahin nur eine kümmerliche Existenz geführt hatte. Das BGB. kennt nur ein einziges gesetzliches Vorkaufsrecht, das der Miterben beim Verkauf eines Erbanteils, die sogenannte »Ganerbenlosung«[4]),[5]). Nachdem nun der schon früher bestehende Gedanke, daß die Allgemeinheit ein Interesse an der Verteilung des Grund und Bodens habe, sich Bahn gebrochen hatte, griff man auf diese Institution, die stets ein Ausfluß jenes Gedankens gewesen war, zurück[6]).

Es soll nun die Aufgabe dieser Arbeit sein, dieser alten, jetzt wieder neu geschaffenen Institution nachzugehen, und zu prüfen, welchen Anschauungen und Motiven sie ihre Entstehung verdankt.

---

[1]) Reichsgesetzblatt S. 1429.

[2]) Artikel 155 der Reichsverfassung.

[3]) §§ 4—11, 14 dieses Gesetzes, cf. auch Reichsheimstättengesetz vom 10. Mai 1920, §§ 11, 14—16. Über die landesrechtliche Gesetzgebung siehe Wolff, Sachenrecht, § 126, III, Anm. 12.

[4]) § 2034.

[5]) Daneben gab es in den einzelnen Landesrechten noch hier und da gesetzliche Vorkaufsrechte, so in Preußen: Gesetz betreffend das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedlungsgütern vom 8. Juni 1896, § 27 (Pr. Gesetzsammlung von 1896, S. 135) und Gesetz, betreffend das Anerbenrecht bei Landgütern in der Provinz Westfalen und in den Kreisen . . . . . vom 2. Juli 1898, § 33 (ebenda, 1898, S. 149).

[6]) Über Auswirkung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes in der Praxis, siehe u. a. Reichsgerichts-Entscheidungen in Zivilsachen, Band 106, S. 320; Band 108, S. 93 ff.

§ 2.

Das gesetzliche Vorkaufsrecht im gemeinen und römischen Recht.

In der Doktrin des gemeinen Rechts wurde das gesetzliche Vorkaufsrecht außer auf seinen altdeutschen Ursprung[7]) auf eine Stelle im Codex (Cod. IV, 66, 3) zurückgeführt. In sämtlichen Lehrbüchern des gemeinen wie des römischen Rechts[8]) findet man, in der Regel bei der Lehre von der Emphyteusis, ungefähr folgende Notiz:

> »Der Emphyteuta ist verpflichtet . . . . . ., dem Herrn eine beabsichtigte Veräußerung des Erbpachtrechts anzuzeigen, damit der Herr im Verkaufsfalle von seinem Vorkaufsrecht (ius protemiseos) Gebrauch machen könne. Verzichtet dieser im einzelnen Fall auf dessen Ausübung, so kann er nur für die Gestattung des Verkaufs eine »Handänderungsgebühr« (laudemium) in Höhe von 2% des Kaufpreises verlangen«[9]).

Bei dieser kurzen Notiz ist zweierlei auffällig: 1. Kommt in der zitierten Stelle des Codex[10]) weder der von den

[7]) Auf diesen hier einzugehen, dürfte sich bei der umfangreichen dieses Gebiet behandelnden Literatur erübrigen. Es sei hier nur genannt: Gierke, Deutsches Privatrecht § 152—154; Gierke: Genossenschaftsrecht, Band 1, S. 166, Band 2, S. 204; Schröder: Deutsche Rechtsgeschichte, Band 1, S. 461; C. F. Walch: Das Näherrecht, systematisch entworfen. 3. Auflage. Jena. 1795. (Das gesamte Material enthaltend!).

[8]) Es sei nur genannt: Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Frankfurt a. M., 1906, Band 1, § 220, Anm. 8; Band 2, § 388 Ziffer 2; Puchta: System und Geschichte des römischen Privatrechts, 10. Auflage, Leipzig, 1893, S. 241; Dernburg-Sokolowsky: System des römischen Rechts, 9. Auflage, Berlin, 1911, S. 476; Leonhard: Institutionen des römischen Rechts, Leipzig, 1894, S. 294; Girard-Mayr: Geschichte und System des römischen Rechts, Berlin, 1908, S. 420; Sohm — Mitteis — Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Auflage, 1923, S. 337; Bechmann: System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2. Teil, 1. Abt., 1884, § 188, S. 267.

[9]) Sohm, a. a. O.

[10]) § 1. Sed ne hac occasione accepta (adrepta Mo) domini minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum, quae invenerint, sed eos deludant et ex hoc commodum emphyteutae depereat, disponimus attestationem domino transmitti et praedicere quantum pretium ab alio re vera accipit.
§ 2. Et si quidem dominus hoc dare maluerit et tantam praestare quantitatem, quantam ipsa veritate emphyteuta ab alio accipere potest, ipsum dominum omnimodo haec comparare.
§ 3. Sin autem duorum mensium spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini suas meliorationes vendere, his tamen personis, quae . . .; necessitatem autem habere dominos, . . ., accipere emphyteutam. . . .
§ 4. Et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitant, ..., non amplius eis licent pro subscriptione vel depositione nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere.

Lehrbüchern stets gebrauchte Ausdruck ius protemiseos, noch der Ausdruck laudemium vor; 2. zeigt sie, daß dieses gesetzliche Vorkaufsrecht im römischen Recht lediglich bei der erst spätrömischen Emphyteuse[11]) vorkommt.

Bei genauerer Untersuchung stellt sich nun heraus, daß diese besondere Bestimmung, die dem Eigentümer bei der Emphyteuse ein gesetzliches Vorkaufsrecht gibt, im Gegensatz zur allgemeinen Rechtsauffassung des römischen Rechts steht.

Noch eine Konstitution des Jahres 391[12]) hält die Ausübung des Vorkaufsrechts von seiten der Verwandten und Ehegatten für unsittlich und verbietet sie daher. Derartige Rechte werden dort, wo sie bisher in Geltung standen, aufgehoben[13]),[13a]).

[11]) Siehe dazu: Ludwig Mitteis: Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum in Abhandlungen der phil.-hist. Klasse der Kgl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften, Band 20, 4, 1903, S. 33 ff, S. 52 f; ferner Hemann-Seckel: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Auflage, 1907, v. emphyteusis S. 170, 171. — Soweit das Wort emphyteuticarius in den Digesten (2, 8, 15, 1; 6, 3, rubr.) vorkommt, ist es interpoliert (id est . . .).

[12]) Cod. 4, 38. 14; ebenso Cod. Theodosianus 3, 1, 6.

[13]) Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu vendenda distraherent. Sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cessata unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem (nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit. Inst.). Hierzu die Interpretatio des Codex Theodosianus: Prior ordinatio legis fuerat, ut, si unus ex consortibus »pro quacumque necessitate« rem vendere voluisset, extraneus emendi licentiam non haberet. Sed hoc melius probatur indultum, ut quicumque de suis rebus libero utatur arbitrio et praetermissis consortibus vel proquinquis cui voluerit vendendi habeat liberam potestatem. (Interessant ist, wie sehr im Mittelalter die Diskrepanz dieser römisch-rechtlichen Bestimmung und der deutschen Näher- und Retraktrechte empfunden wurde, vgl. z. B. Petri exceptiones legum Romanarum (11. Jahrhundert) I, 19 (abgedruckt im Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Band 2, S. 331): »Consuetudo antiquorum esse solebat, ut frater de rebus suis immobilibus non venderet nisi fratri, propinquus propinquo, nec consors nisi consorti, si emere vellent. 'Quam consuetudinem adhuc quidam cismontani busnardi iustissimam esse affirmant'. Sed quia haec iniuria gravis visa est imperatoribus, ut de rebus suis homines aliquid facere cogantur inviti, antiquam infirmantes consuetudinem permiserunt omnibus, vendere vel donare res suas cuicumque voluerint, nisi sint minores annis viginti quinque vel furiosi, vel prodigi«). Vgl. weiterhin Bas. 19, 6, 20. *Καὶ ὅτι οὐδεὶς δύναται, οὐδὲ παρὰ συγγενῶν, οὐδὲ πάρα κοινωνῶν κωλύεσθαι, εἰ βούλεται τὸ ἴδιον μέρος ἐκποιῆσαί τινι* (Glosse: *Τοῦτο ἀνηρέθη παρὰ τῆς νεαρᾶστοῦ κυρίου Κωνσταντίνου περὶ προτιμήσεως διαλεγομένης.*)

[13a]) Ebenso Cod. 4, 52, 3: Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi. — Und Cod. 8, 54, 12 (a. 293): portionem propriam rebus necdum divisis nemo prohibetur titulo donationis in alium transferre.

Sieht man sich jedoch im klassischen römischen Recht um, so werden derartige gewohnheitsrechtliche Vorkaufsrechte nirgends erwähnt. Lediglich beim Zwangsverkauf sollen Verwandte den Vorzug haben. Diese jedoch auch erst hinter den Gläubigern[14]). Und auch in diesen Fällen ist die Bevorzugung nur deswegen möglich, weil der Verkäufer schon an und für sich in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist. In allen anderen Fällen wird selbst ein vertraglich eingeräumtes Vorkaufsrecht als wider die guten Sitten verstoßend angesehen[15]). An Stelle desselben kennt das römische Recht lediglich die sogenannten in diem addictio (Dig. 18, 2)[15a]), deren rechtliche Konstruktion aber sehr schwierig und strittig ist[16]). Es bleibt daher fraglich, welche gesetzlichen Bestimmungen in der Konstitution gemeint sein können[17])[18]). Auf der anderen Seite stellt die Bestimmung des Codex 4, 66, 3 einen ganz außerhalb der allgemeinen Prinzipien stehende, iustinianische Anordnung dar, deren Ursprung jedenfalls nicht im klassischen römischen Recht liegen kann.

---

[14]) Vgl. Dig. 2, 14, 60 (cf. Bas., Glosse zu 11, 1, 60) und 42, 5, 16; zu letzterer Stelle siehe Lenel Edictum perpetuum, 2. Auflage, § 217, S. 410 und Lenel, Palingenisia, Band 2, Sp. 792; danach dürfte Dig. 1, 9, 1 auch nur auf diesen Fall zu beziehen sein.

[15]) Vgl. Dig. 45, 1, 122, 3 (allerdings liegt hier ein besonders gearteter Spezialfall vor!) (dazu Bas. 11, 1, 60 Glosse); 2, 14, 61.

[15a]) Besonders L. 6. 8.

[16]) Siehe Windscheid - Kipp, a. a. O. Band 2, § 323 und Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB, Band 2, S. 187, 188.

[17]) Siehe dazu weiter unten, S. 27.

[18]) Der Vollständigkeit wegen mag erwähnt werden, daß im Codex (11, 7 [6], 1 = Th. 10, 19, 3) ein Vorkaufsrecht dem Fiskus beim Verkauf des von Bergwerksunternehmern gesammelten Goldsandes eingeräumt wird. Diese Bestimmung ist aber deswegen für unsere Untersuchung unerheblich, weil es sich bei den »metalla« um eine Art öffentlichen Eigentums handelt und dieses Vorkaufsrecht ähnlich wie die im Anfang der Stelle genannten 8 Skrupeln eine steuerähnliche Belastung darstellt.

§ 3.

Byzantinisches Recht.

Bevor wir jedoch dem Ursprung dieser Bestimmung wie der in Cod. 4, 38, 14 aufgehobenen Bestimmungen nachgehen können, muß untersucht werden, woher sonst überhaupt das gemeine Recht das gesetzliche Vorkaufsrecht hergeleitet haben kann. Einen Weg zeigt uns die Bezeichnung des Vorkaufsrechts als ius protimeseos. Diese Bezeichnung findet sich zuerst[19]) in einer Novelle der Kaiser Romanus, Konstantinus und Christophorus aus dem Jahre 922, von wo sie dann ihren Weg durch die ganze mittelalterliche Kulturwelt nahm, und, zusammen mit der Institution des Vorkaufsrechts, durch eine für eine Konstitution des Kaisers Friedrich II[20]) gehaltene lateinische Übersetzung der Novelle der gemeinrechtlichen Doktrin bekannt wurde. Bei der Wichtigkeit dieser Novelle für die gesamte spätere Rechtsentwicklung[21]) möge sie als Grundlage für die weiteren Untersuchungen im Auszuge in dem für die Zwecke dieser Arbeit nötigen Umfange im folgenden übersetzt werden[22]).

---

[19]) Jedenfalls in dem Sinne des gesetzlichen Vorkaufsrechts; wo das Wort *προτίμησις* im klassischen Griechisch (z. B. Thukydides, Historien, Ausg. Teubner, Bd. I, S. 290: *Καὶ ἀριστοκρατίας σώφρονος προτιμήσει*) vorkommt, bedeutet es lediglich einen allgemeinen Vorzug, den jemand hat. (Vgl. Stephanus, Thesaurus Graecae linguae, Paris 1842—47, Bd. 6 Sp. 2069.) In dem Sinne des Vorkaufsrechts dürfte das Wort zuerst in unserer Novelle gebraucht worden sein.

[20]) Abgedruckt in den Monumenta Germaniae historica legum, tom. II, Hannover 1837, S. 331—333 (Constitutio de iure protemiseos). Über sie besonders W. v. Brünneck: Siziliens mittelalterliche Stadtrechte, Halle, 1881, S. 107 ff, Anm. 1 und 2 und derselbe in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ. Abt., Band 1, S. 125 ff.

[21]) Über die spätere Entwicklung der Novelle besonders Karl Eduard Zachariae v. Lingenthal: Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Auflage, Berlin, 1892, S. 236—248; Brünneck: Stadtrechte, S. 105—126 (ius protemiseos in den sizilischen Stadtrechten, Texte ebenda S. 20—24, 74—78, 88—89, 95—97, 120—124, 149—151, 176—177, 184—189, 199, 215—216, 239—240); im übrigen Literatur bei Georg Draganescu: Studien zur Geschichte und Dogmatik des rumänischen Näherrechts, vergleichend dargestellt. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Entstehung des rumänischen Rechts. In Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 32, S. 186 ff, insbesondere S. 210—222.

[22]) Übersetzt nach dem Text in Karl Eduard Zachariae v. Lingenthal: Ius Graeco-Romanum, Pars III, Novellae Constitutiones, Coll. III, Nov. II, S. 234—240 unter Berücksichtigung des dort abgedruckten byzantinischen Kommentars und des Constantini Harmenopuli Manuale legum sive hexabiblos ed. G. E. Heimbach, Leipzig, 1851, Lib. III, § 103 ff, S. 372—381.

»Novelle des Romanus, Konstantinus und Christophorus, der christusliebenden und selbstherrschenden großen Könige über die Veräußerung von Gütern und das Vorkaufsrecht der Verwandten und Miteigentümer und der ‚vermischtliegenden' und derer, die aneinander grenzend gemeinsam Abgaben entrichten, und der Angrenzer in den erwähnten gemeinsam Abgaben entrichtenden Weilern und Höfen . . . verkündet im April des Jahres 922«.

Es ist eine alte Bestimmung, daß niemand von seiten seiner Verwandten und Miteigentümer gehindert werde, wem er will zu verkaufen[23]). Eine andere Verordnung jedoch bestimmt[24]), daß es verboten sei, einem anderen zu verkaufen als allein den Bewohnern derselben Metrokomie. Wir aber haben aus Fürsorge für unsere Steuerpflichtigen und zugleich für die öffentlichen Lasten wie für die Kriegs- und Verwaltungssteuern diesen Widerspruch und diese Unsicherheit durch diese unsere von Gott eingegebene Novelle klar und kurz beseitigt:

»Wir hoffen, daß von jetzt an in jeder Stadt und Provinz und Eparchie, wo nur immer einzelne aus Gründen der Verwandtschaft getrennt oder ungetrennt oder durch gemeinsamen Kauf oder irgendeinen anderen Erwerb oder teils aus Verwandschaft, teils aus Zuerwerb gemeinsam ein Haus oder einen Acker oder einen Weinberg oder irgend eine andere Immobilie im Eigentum haben, ebenso aber auch, wenn sie ohne gemeinsames Eigentum zu haben, aneinander grenzen — mögen sie nun zum Teil ‚vermischt

---

[23]) Vgl. Anm. 13.

[24]) Cod. Theod. XI, 24, 6 (vom 3. 12. 415): Metrocomiae vero in publico iure et integro perdurabunt, nec quisquam eas vel aliquid in his possidere temptaverit, nisi qui ante consulatum praefinitum coeperit procul dubio possidere, exceptis convicanis, quibus pensitanda pro fortunae condicione negare non possunt. Ebenso Cod. Iust, 11, 56 (vom 1. 9. 468): In illis, quae metrocomiae communi vocabulo nuncupantur, hoc adiciendum necessario nostra putavit humanitas, ut nulli extraneo illic quoquo mode possidendi licentia tribuatur: sed si quis ex isdem vicanis loca sui iuris alienare voluerit, non licere ei nisi ad habitatorem adscriptum eidem metrocomiae per qualemcumque contractum terrarum suarum dominium possessionemque transferre; sciente persona extranea, quod si contra vetitum se huic negotio immiscere vel illic possidere temptaverit, quicumque contractus initus fuerit, carebit affectu et contractu soluto, si quid praestitum est, hoc tantum reddetur. (Ebenso Bas. 55, 5, 1). Daß diese beiden Vorschriften, die absolute Verkaufsverbote, wie sie auch sonst, besonders im Mittelalter, gebräuchlich waren, darstellen, nichts für die Entstehung und Begründung des Vorkaufsrechtes bieten, dürfte auf der Hand liegen In der Novelle wird auf sie auch nur kurz Bezug genommen, um der neuen Institution durch alte Verordnungen der römischen Kaiser ein höheres Ansehen zu verleihen.

liegen'[24a]) oder zusammenliegen und gemeinsam Abgaben entrichten oder lediglich aneinander grenzen, — falls jemand sein Eigentum im Wege des Verkaufs, der Erbpacht oder der Miete veräußern will, er sie nicht früher irgend jemand anderem veräußern werde, bevor er diejenigen benachrichtigt hat, die wir der Reihe nach zum Vorkauf zulassen. Dies sind 1. die Verwandten, die ‚vermischt liegen', 2. die ‚vermischt liegenden Eigentümer', 3. die ‚vermischt-liegenden', auch wenn sie dem Verkäufer ganz fremd sind, 4. die angrenzenden *ὁμοτελεῖς*, 5. die sonstigen Angrenzer. *Ὁμοτελεῖς* nennen wir aber alle diejenigen, die bei demselben Steuerbeamten eingetragen sind[25]), auch wenn sie an verschiedenen Orten ihre Steuern entrichten. Wenn aber mehrere an das verkaufte Grundstück angrenzen, so soll das Vorkaufsrecht nach der angegebenen Reihenfolge einem jedem mitgeteilt werden, damit, wenn die Vorkaufsberechtigten gleicherweise aufgefordert sind, sie nacheinander berufen, erklären können, ob sie ihr Recht ausüben wollen. Wenn jedoch alle gleichberechtigt sind, sodaß in keiner Beziehung bei dieser Aufforderung einer dem anderen vorgezogen werden kann, so sollen alle gleichzeitig benachrichtigt werden, damit sie innerhalb von 20 Tagen den angemessenen Kaufpreis, oder, was ohne Leichtsinn der ursprüngliche Käufer gegeben hätte, ohne Verzug entrichten und das Grundstück entsprechend unter sich oder nach irgendeinem Prinzip aufteilen können. Wer sich aber in dieser Frist nicht auf die mitgeteilte Schätzung geäußert hat, hat nicht mehr das Recht des Vorkaufs, außer wenn er kriegsgefangen, deportiert, verbannt oder in staatlichen oder persönlichen Angelegenheiten ohne Arglist abwesend ist oder noch nicht das 15. Lebensjahr vollendet hat. Diejenigen aber, die mit der Verwaltung des Eigentums von diesen letzteren betraut

---

24a) Daß sich *ἀναμεμειγμένοι* nicht auf die Blutsverwandtschaft (*ἀναμιγὴ τοῦ αἵματος*) bezieht, wie manche später angenommen haben (vgl. den oben zitierten Kommentar) dürfte sicher sein. Jedenfalls zeigt aber diese Deutung das Bestreben, das Vorkaufsrecht auf die Blutsverwandtschaft zurückzuführen, nachdem der ursprüngliche rechtliche Zusamnenhang nicht mehr bekannt war. Im einzelnen siehe über diesen Terminus, der auf einen teilweise gemeinsamen Besitz (nicht Eigentum!) hindeutet Zachariae v. Lingenthal a. a. O. S. 241.

25) Die Erklärung, die Lingenthal, a. a. O. S. 243, für den Begriff *ὑποτεταγμένοι* gibt, indem er meint, daß mit dem *ὑ.* der Grundherr gemeint sei, dürfte nicht richtig sein. Zutreffender dürfte die Erklärung des Gothofredus „qui sub eodem censitore descripti sunt" sein. Da sich nirgend sonst der Ausdruck *ὑ.* für den Grundherrn findet — auch nicht in der Anm. 791 zitierten Coll. IV, Nov. 34 —, es andererseits aber für den unteren Steuerbeamten gebräuchlich ist — zu ergänzen *ὑ. τῇ διοικήδει* vgl. Mitteis — U. Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, Bd. 2,1 Leipzig 1912, S. 11 —, dürfte trotz der etwas auffällig bleibenden Konstruktion die letztere Erklärung die richtige sein.

sind, sollen innerhalb von 4 Monaten mit den Nachbarn, die das Grundstück kaufen wollen, sich verständigen und ihnen den zutreffenden Preis (den diese bereits entrichtet haben) mit gesetzlichem Zins und den notwendigen Aufwendungen entrichten. Fremde Käufer werden jedoch ohne weiteres ausgeschlossen, wenn sie ihnen den gezahlten Preis nebst Zins und Aufwendungen erstatten. Wenn die Vertreter der erwähnten Personen aber befürchten, daß ihre Verfügung von jenen nicht gutgeheißen werden würde, so sollen sie gemäß einem Gerichtsbeschluß den Abschluß des Kaufes entweder ablehnen oder annehmen. Wenn sie aber auch dieses verabsäumen, so müssen sie jeden Gewinn und jeden Nutzen, den jene erlangt haben würden, falls sie sich um den Abschluß des Kaufvertrages bemüht hätten, ersetzen. All dieses gilt bei dem Vorkaufsrecht der Verwandten, Mieteigentümer, Mitsteuerzahler und der anderen Vorkaufsberechtigten. Im übrigen aber soll der aus demselben Weiler und derselben Ortschaft Stammende ein besonderes Vorkaufsrecht haben, da dieses ja die κτήτορες (grundbesitzenden Bauern) gegeneinander haben[26]). Wenn sich aber alle, denen das Vorkaufsrecht eingeräumt ist, darum bemühen, so wollen wir jedoch, daß die, die dem Verkäufer oder seiner Familie einen Schaden an Vermögen oder Gesundheit zugefügt oder diese schwer beleidigt haben, — nicht zufällig, sondern mit voller Absicht — selbst oder ihre Verwandten[27]) nicht gegen den Willen der Geschädigten irgendwie zum Kauf zugelassen werden. Als Mitgift jedoch oder als Brautgabe oder einfaches Geschenk oder Geschenk von Todeswegen oder Testament oder im Tausch oder als Bezahlung (einer Schuld) können es Heimische an Fremde (ohne Einschränkung) veräußern. Es darf jedoch niemand zwar insgeheim an Nichtvorkaufsberechtigte veräußern oder vermieten, nach außen hin aber verschenken oder vermachen oder eines der erwähnten Dinge tun. Deswegen können diejenigen, denen das Vorkaufsrecht zusteht, verlangen, daß der Veräußerer und der Empfänger einen Eid leisten. Wenn jedoch die Veräußerer entgegen der Bestimmung unseres Gesetzes etwas anderes zu tun wagen, als es nach außen ersichtlich ist, und wenn sie dann nach der Eidesleistung überführt werden, so erleiden sie selbst und die, die dolos mit ihnen einen Vertrag abgeschlossen haben, die Strafe des Meineids. Der eine verliert sein Eigentum, der andere den heimlich entrichteten Kaufpreis, und beides verfällt der Staatskasse, damit es aus dieser unter die Berechtigten verteilt werde. Wenn sie aber

---

[26]) Siehe dazu Lingenthal, a. a. O. S. 244. Die Stelle dürfte eine — nicht recht verständliche — Glosse sein.

[27]) Glosse: Ihre Kinder.

vor der Eidesleistung ertappt werden, so sei der Kauf ungültig, und der Verkäufer, der es einmal versucht hat, sein Eigentum rechtswidrig zu veräußern, soll gezwungen werden, es denen zu verkaufen, denen wir das Vorkaufsrecht verliehen haben«.

Fassen wir nochmals kurz die Bestimmungen dieser Novelle zusammen, so ergibt sich folgendes:

I. Quelle des Vorkaufsrechts ist Miteigentum (auf Grund von Erbschaft und gemeinsamen Erwerb) und Nachbarschaft (mit oder ohne die besondere Qualifikation der gemeinsamen Steuerzahlung).

II. Objekte des Vorkaufsrechts sind alle Immobilien (Häuser, Äcker, Weinberg usw.).

III. Der Verkauf ist den Vorkaufsberechtigten mitzuteilen.

IV. Das Vorkaufsrecht ist binnen 20 Tagen geltend zu machen. Bei Abwesenden und Minderjährigen gelten besondere Bestimmungen.

V. Personen, die sich eine Pflichtwidrigkeit gegen den Verkäufer oder dessen Familie haben zuschulden kommen lassen, steht das Vorkaufsrecht nicht zu.

VI. Das Vorkaufsrecht findet nur Anwendung bei Kauf, Erbpacht und Miete, hingegen nicht bei allen unentgeltlichen Geschäften, weiterhin auch nicht beim Tausch und der Bezahlung einer früheren Schuld.

VII. Geschäfte, die zur Umgehung dieser gesetzlichen Bestimmung geschlossen worden sind, sind nichtig.

Welches ist nun die Quelle dieser Bestimmungen, die sich ja in der dargestellten Form nirgends im klassischen römischen Recht finden?

Lingenthal[28]) führt die Einführung des Vorkaufsrechts auf folgenden Sachverhalt zurück:

Der Zuschlag[29]) oder der Grundsatz, dessen Ausdruck er ist, daß nämlich alle Besitzer von Teilen oder Stücken einer Guts- oder Gemeindeflur nach einer gewissen Ordnung für die Steuern der ganzen Guts- oder Gemeindeflur solidarisch einzustehen haben, sei nur dann zu rechtfertigen gewesen, wenn denselben Besitzern als Korrelat ein Recht der Einmischung eingeräumt wurde. Infolgedessen seien Bestimmungen über das Vorkaufsrecht der Nachbarn und Miteigentümer getroffen worden, die dann im Jahre 391 wieder aufgehoben worden seien[30]). Es sei dann durch die

---

[28]) a. a. O. S. 236—239; ebenso Brünneck, a. a. O. S. 106.

[29]) a. a. O. S. 228—236.

[30]) S. o. Anm. 13. Übrigens gibt Lingenthal zu, daß wir sowohl über diese Näherrechte wie über das Zuschlagsrecht der damaligen Zeit selbst nichts genaueres wissen.

Verordnungen der Jahre 415 und 468[31]) das Vorkaufsrecht wieder eingeführt und in dieser Form von den Basiliken übernommen worden[32]), bis es dann durch die dargestellte Novelle im einzelnen geregelt worden sei.

Diese Erklärung stößt, wenn man das Vorkaufsrecht lediglich als Korrelat des Zuschlags faßt und hierdurch die ganze Einführung als solche begründen will, auf unumstößliche Schwierigkeiten. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum bei dieser Sachlage das Vorkaufsrecht auch Leuten zugesprochen wird, die lediglich Nachbarn sind, ohne gemeinsam mit dem Verkäufer Steuern zu entrichten. Es ist weiterhin nicht einzusehen, warum, wenn das Vorkaufsrecht eine Sicherstellung gegen nicht zahlungsfähige Erwerber darstellen soll, es nicht bei Schenkung, Tausch und dergleichen Platz greifen soll. Wenn nun aber allerdings in dem Prooemium der Novelle davon die Rede ist, daß das Vorkaufsrecht eingeführt worden sei »aus Fürsorge für die Steuerpflichtigen«[33]), so kann das nur so gemeint sein, daß der byzantinische Kaiser eine gewohnheitsrechtliche Übung, die sich aus irgendwelchen anderen Gründen allmählich eingebürgert hatte, legalisieren wollte, und dies dadurch getan hat, daß er sie als ein der Billigkeit entsprechendes Korrelat des Zuschlags darstellte, ohne jedoch die Institution in wesentlichen Punkten ihrer neu beigelegten Bedeutung nach umzuformen. Die steuerrechtliche Regelung des Zuschlags kann mithin nur äußerer Anlaß und Deckmantel der Einführung des Vorkaufsrechts, nicht aber Grund derselben sein[34]).

Es bleibt mithin die Frage nach dem tatsächlichen Ursprung des durch die byzantinische Novelle legalisierten Vorkaufsrechts wie auch noch die Frage nach den durch die Konstitution des Jahres 391 aufgehobenen Vorkaufsrechten offen.

---

[31]) S. o. Anm. 24.

[32]) Vgl. Anm. 13 und 24. — Zu den durch die Novelle erfolgten Änderungen vergleiche die Anm. 13 zitierte Glosse und im übrigen 11, 1, 60, Glosse 2 (Ed. Heimbach I, S. 639/640).

[33]) cf. S. 6.

[34]) Der Zusammenhang des Vorkaufsrecht mit dem Zuschlag ist übrigens schon bald nach der Einführung der Novelle wieder vergessen worden, der oben zitierte Kommentar kennt ihn bereits nicht mehr (cf. auch Anm. 24).

§ 4.

Griechisches Recht.

Für die Beantwortung dieser Fragen zeigen sich zwei Möglichkeiten. Das Vorkaufsrecht kann aus dem klassischen, griechischen und römischen Recht oder aus dem Volksrecht der damaligen Zeit, das in erster Reihe auf orientalischen Rechtsanschauungen basiert, stammen.

Im römischen Recht[35]) findet sich bis auf die einzige Codexstelle des Iustinian (4, 66, 3), wie bereits dargelegt, nirgends das gesetzliche Vorkaufsrecht. Aber auch das griechische Recht weist sowohl in den klassischen wie in der hellenistischen Epoche keine Spur eines solchen auf. Dies geht soweit, das selbst das Wort *προτίμησις* in der Bedeutung des Vorkaufsrechts erst von dem byzantinischen Kaiser geprägt werden mußte[36])[37]).

---

[35]) cf. S. 2—4.

[36]) Das Wort *προτίμησις* wird überhaupt sehr selten verwandt (cf. Anm. 19). Bei Wilhelm Dittenberger, Sylloge inscriptionum Graecarum, 3. Aufl., Leipzig 1920, kommt es nur einmal in Nr. 943 (Bd. 3, S. 24), Zeile 15 vor, ist jedoch auch dort ergänzt, da im Text lediglich *ΝΑΣΙΝ* steht.

[37]) M. W. findet sich in dem gesamten Papyrusmaterial nur eine einzige Stelle, die als ein Vorkaufsrecht gedeutet werden könnte und zwar bei U. Wilcken, Aktenstücke aus der Königlichen Bank zu Theben in den Museen von Berlin, London und Paris im Anhang zu den Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1886, Berlin 1887, Papyrus I (S. 7, 37) Z. 14: *διὰ τὸ ἕτερον μὴ δύνασθαι ὠνεῖσθαι.* Der Zusammenhang, in dem diese Bemerkung steht, ist jedoch so unklar, daß m. E. aus ihr nichts über das Vorhandensein von Vorkaufsrechten entnommen werden kann. Ebenso unhaltbar ist es, wenn einige (Paul Viollet, Caractères collectifs des premières propriétés immobilières in Bibliothèque de l'école des Chartes XXXIII, Paris 1872, S. 484—488 und nach ihm Emile de Laveleye, de la propriété et des ses formes primitives 4. Ed. Paris 1891, S. 381, und Karl Bücher, Das Ureigentum, Leipzig 1879, S. 332) durch das Fragment *περὶ συμβολαίων* des Theophrast (abgedruckt in Joannis Stobaei anthologium (Ed. Wachsmuth und Hense) Bd. 4, Berlin 1909, S. 127 ff., übersetzt bei K. F. Hermann, Lehrbuch der griechischen Rechtsaltertümer, 4. Aufl., besorgt von Th. Thalheim, Freiburg und Leipzig, 1895, S. 146 ff.; eine ausführliche Exegese dieser Stelle bei Joseph Partsch, Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrecht in Festschrift für Otto Lenel, Leipzig 1921, S. 88—98), das Vorkommen eines Vorkaufsrechts im alten griechischen Recht als erwiesen ansehen wollen. Aus der angeführten Stelle geht nur hervor — was auch sonst bekannt ist —, daß es Sitte war, bei der Veräußerung von Grundstücken die Nachbarn als Zeugen oder Bürgen teilnehmen zu lassen, und daß dieselben bei dieser Gelegenheit hier und da, wie z. B. in Thurii, eine kleine Münze erhielten, *μνήμης ἕνεκα καὶ μαρτυρίας.* Von einem Vorkaufs- oder Einspruchsrecht der Nachbarn ist hierbei nirgends die Rede. (Vgl. im übrigen hierzu Robert v. Pöhlmann, Geschichte der sozialen Frage und des Sozialismus in der antiken Welt, 2. Aufl., München 1912, I. Bd., S. 14.)

§ 5.

Orientalisches Recht.

Da es somit erwiesen ist, daß sowohl die byzantinische Novelle wie auch die im Jahre 391 aufgehobenen Bestimmungen nicht aus dem abendländischen Recht stammen können, ist nunmehr zu prüfen, ob sich das gesetzliche Vorkaufsrecht nicht in dem zur damaligen Zeit in Geltung befindlichen orientalischen Volksrechten nachweisen läßt. Auf diese weist auch die Tatsache hin, daß die Konstitution des Jahres 391 — jedenfalls nach dem Text des Codex Iustinianus — an die östlichen Provinzen (Illyrien) gerichtet ist. Als derartige Rechte kommen in erster Reihe das syrische, das arabische und das biblisch-talmudische Recht in Betracht, die nun im einzelnen daraufhin zu untersuchen sind.

a) Syrisches Recht.

Die wichtigste Quellensammlung für das syrische Recht sind neben dem von Bruns ediertem syrisch-römischem Rechtsbuch, die von Sachau herausgegebenen »Syrischen Rechtsbücher«. Eines der wichtigsten von diesen ist das Corpus iuris des persischen Erzbischofs Jesubocht[38]). Es hat insbesondere für die vorliegende Untersuchung eine große Bedeutung, da es das erste Rechtsbuch ist — mag es nun um 544 oder um 775[39]) verfaßt worden sein, — das im Osten geltendes Gewohnheitsrecht kodifiziert, bei dem man demnach — anders als beim syrisch-römischen Rechtsbuch, das, bis auf das Familienrecht, in der Hauptsache römisches Rechtsgut in sich schließt — annehmen muß, daß es von orientalischen Rechtsideen erfüllt ist.

In diesem Rechtsbuch finden sich nun drei Stellen, die über das Vorkaufsrecht handeln, und die in ihrer wörtlichen Übersetzung folgen mögen:

I. (Buch IV, Kap. I, § 5, m.)[40]). Was nun die Häuser und Felder des verstorbenen (Ehemannes) betrifft, die er von seinem Vater und seine Witwe von ihm geerbt hat, so darf sie, bis sie sich wieder verheiratet, darin wohnen und von den Erträgnissen sich ernähren. Wenn sie sich aber gezwungen sieht, sie zu verkaufen, so muß sie dieselben zu

[38]) Syrische Rechtsbücher, herausgegeben und übersetzt von Eduard Sachau, Band 3, Berlin, 1914, S. 1—201.

[39]) a. a. O. S. IX, X.

[40]) a. a. O. S. 102—104.

einem mittleren, angemessenen Preis an die Brüder[41]) ihres Gemahls verkaufen. Wenn sie sich aber wieder verheiratet, so muß sie ebenfalls diese Häuser zu einem solchen Preise an die Brüder[41]) ihres Gemahls verkaufen; sie ist nicht berechtigt, dieselben ihrem zweiten Gemahl oder anderen von ihren Kindern als denjenigen aus erster Ehe oder sonst irgendjemandem zu schenken, solange die Brüder ihres (ersten) Gemahls sie zu dem Preise (zu kaufen) wünschen, sondern darf sie nur an diese verkaufen, aber den (erlangten) Kaufpreis geben, wem sie will.

Wenn die Brüder ihres ersten Gemahls die Häuser und Felder nicht kaufen, so benachrichtigt die Frau die Kirche, und mit Erlaubnis der Kirche gibt sie dieselben, wem sie will.

II. Buch V, Kap. VI, § 9 a)[42]). Wenn ein Mann seine ganze Habe oder einen Teil derselben seiner Frau und seinen Söhnen (Kindern) gibt, dann eine Schuld eingeht und seine Habe verkauft; nach seinem Tode aber seine Frau und seine Kinder die Erbschaft ausschlagen und erklären: »Das, was er uns gegeben hat, geht der Eingehung der Schuld und dem Verkauf voraus«, so wird diese ihre Aussage nicht angenommen, und die Schenkung ihnen nicht belassen. Wenn aber das Objekt verkauft wird, und sie (die Hinterbliebenen) es um einen korrekten Preis zu kaufen wünschen, so wird es keinem anderen gegeben.

III. (Ebenda, Kap. 11, § 6)[43]). a) Ein Haus oder Feld, das jemand gemeinsam mit anderen besitzt und das noch nicht aufgeteilt ist, soll, wenn die Miteigentümer einen Teil davon gegen Zahlung desselben Preises, den andere[44]) zu geben bereit sind, zu erwerben wünschen, nach dem Gesetz keiner anderen Person verkauft werden.

b) Wenn (der Gemeinbesitz) aber bereits aufgeteilt ist, und dann die Nachbarn und Adjazenten um denselben Preis, den andere geben wollen, das Grundstück zu erwerben wünschen, so ist es nicht erlaubt, es an eine andere Person zu verkaufen.

Diese Bestimmung beruht nicht auf dem Gesetz, sondern auf dem »pesend«[45]).

---

[41]) Sachau liest »den Bruder«.

[42]) a. a. O. S. 152.

[43]) a. a. O. S. 174—176.

[44]) Die Übersetzung Sachaus »auch andere« gibt der Stelle einen ganz anderen Sinn.

[45]) Über pesend vgl. auch a. a. O. S. XIII—XIV. Zur Erläuterung möge hier nur die vom »pesend« handelnde Stelle des Gesetzbuches folgen (Buch 1, Kap. 5, a. a. O. S. 12—14): Was wir pesend und bihdadhastinih nennen, das heißt Rechtsminus und Rechtsplus. Diese beiden Dinge

Die erste der erwähnten Vorschriften gibt als Grund des Vorkaufsrechts an, daß der Erbbesitz in demselben Mannesstamm verbleiben soll; wenn daher die Witwe ihr Grundeigentum nicht ihren Kindern aus der Ehe mit dem verstorbenen Manne kauf- oder schenkweise überlassen will, so haben die Brüder ihres verstorbenen Mannes ein Vorkaufsrecht. In dieser Vorschrift kommt der allgemein-orientalische Gedanke zum Ausdruck, daß der Grund und Boden, wenn irgend angängig, in derselben Familie verbleiben soll[46]).

Auch die zweite Vorschrift bietet keine Schwierigkeiten. Neben den erwähnten Gesichtspunkten kommt hier hinzu, daß die Familienmitglieder, die mit ihrer Behauptung, daß ihnen das Grundstück schenkweise überlassen worden sei, nicht gehört werden, wenigstens insoweit entschädigt werden, daß ihnen ein Vorrecht beim Kauf des Grundstückes eingeräumt wird.

Für die vorliegende Untersuchung am wichtigsten ist die dritte Bestimmung. Nach ihr haben bei dem Verkauf von ideellen Teilen eines ungeteilten Grundstücks die Socii, bei aufgeteilten Grundstücken die Nachbarn und Adjazenten ein Vorkaufsrecht. Es ist anzunehmen, daß letztere Vorschrift allgemein bei Grundstücken anzuwenden ist, und daß an der angeführten Stelle nur deswegen von ihr die Rede ist, um bei aufgeteilten Grundstücken die Socii vom Vorkaufsrecht gegenüber den Nachbarn und Adjazenten auszuschließen. Dieses Vorkaufsrecht beruht auf dem pesend, dem »ius aquum et bonum«, nicht dem din, dem »ius strictum«[47]).

Danach ergibt sich folgendes: I. Quelle des Vorkaufsrechts ist Miteigentum und Nachbarschaft (daneben ein besonderes Vorkaufsrecht bei Erben) (Fall 1 und 2).

---

sind in vielen Beziehungen einander ähnlich. Unter pesend versteht man ein Zurückbleiben hinter der Forderung des Gesetzes. Z. B. Ein Mann schuldet einem anderen ein Kapital und ein Doppeltes (?). Und weil er nun wegen Armut oder Krankheit oder aus irgend einem anderen Grunde nicht zahlen kann, spricht er zu dem Gläubiger: »Gestatte, daß ich Dir nur das Kapital gebe.« Unter bihdadhastinih versteht man ein Hinausgehen über die Forderung des Gesetzes . . . Eine eindeutige Definition des Begriffes zu geben, dürfte bei der geringen Anzahl der im Gesetzbuch als pesend angeführten Fälle (außer unserer Stelle nur noch Buch V, Kap. 8, § 3, S. 166, und Kap. 13, § 7, S. 178, von denen die erstere nur allgemein auf den pesend als eine Art Vergleich hinweist) schwierig, wenn nicht unmöglich sein. Es möge nur bemerkt werden, daß immerhin gewisse Beziehungen zwischen diesem Begriff und dem »liphnim m'schurath haddin« (»innerhalb der Mauer des Rechtes«) des mischnisch-talmudischen Rechtes bestehen mögen.

[46]) Vgl. hierzu z. B. die Geschichte von den Töchtern Z'laphchad's im 4. Buch Mose, Kap. 36.

[47]) Hierzu siehe weiter unten, Seite 26/27.

II. Objekte des Vorkaufsrechts sind Immobilien (Häuser und Felder).

III. Das Vorkaufsrecht scheint nach der Fassung des Falles 3 nur beim Kauf, nicht bei der Schenkung usw. Anwendung zu finden (anders bei Fall 1, da dort die familienrechtlichen Beziehungen mit hineinspielen).

b) Mohammedanisches Recht[48]).

Die Schaffa, das Vorkaufsrecht des Islam dürfte seinen Ursprung im medinensischen Urrecht[49]) haben, wenn es sich auch nicht im Koran nachweisen läßt. Bei den Untersuchungen sind wir auf die späteren Kompendien der einzelnen Rechtsschulen angewiesen, die untereinander weitgehende Verschiedenheiten zeigen. Während z. B. nach schafiitischem Recht[50]) nur der Miteigentümer das Vorkaufsrecht hat, kann es nach hanefitischem Recht[51]) außerdem, wenn ein Miteigentümer nicht vorhanden ist oder sein Recht

---

[48]) Literatur: (Ich gebe sie nur an, soweit sie mir zugänglich war). I. Allgemein: Joseph Kohler: Das islamisische Retraktrecht (Schaffa) in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 6, Stuttgart, 1886, S. 272—276; Derselbe: Neue Beiträge zum Islamrecht, daselbst, Band 12, Stuttgart, 1995, S. 19—22; L. W. C. van den Berg: De Beginselen van het Mohammedaansche Recht, volgens de imam's Aboe hanifat en sjafi'i, 3. Auflage, Batavia & s'Gravenhage, 1881, S. 118 (besonders hanefitisch und schaffiitisch); S. Keiyzer: Handboek voor het Mohammedaansch Regt, s'Gravenhage, 1853, S. 179—183 (besonders hanefitisch); Nikolaus v. Tornauw: Das moslemische Recht, Leipzig, 1855, S. 220—222 (besonders schiitisch). II. Schaffiitisch: Eduard Sachau: Mohammedanisches Recht nach schafiitischer Lehre, Stuttgart und Berlin, 1897, S. 491—512; L. W. C. van den Berg: Minhadj-Attalibin, Le guide des zélés croyants, Manuel de jurisprudence musulmane selon le rite de chafii, Batavia, 1883, Band 2, S. 120—131. III. Hanefitisch: Charles Hamilton-Standish grove grady, the hedaya or Guide, commentary on the musulman laws, 2. Ed., London, 1870, S. 547—565; Mohammed Cadri Pascha: Statut réel d'après le rite hanafite, traduit de l'arabe par Abdulaziz Kahil Bey, Kairo, 1883, S 24—37. IV. Malekitisch: David Santillana: Il »muchtasar«, sommario del diritto malechita di Chalil ibn Ischaq, Mailand, 1919, Band 2, S. 447—463; M. Perron: Précis de jurisprudence musulmane selon le rite malékite, Band 4, in Exploration scientifique de L'Algérie pendant les années, 1840, 1841, 1842, Paris, 1851, Band 13, S. 420—463; O. Houdas und F. Martel: Traité de droit musulman, la Tohfat de 'ibn azem, Algier, 1882, S. 489—509.

[49]) Santillana, a. a. O., S. 447, Anm. 1. Die Annahme Santillanas, daß der Schaffa durch die byzantinische *προτίμησις*, insbesondere in seiner hanefitischen Ausdehnung auf die Nachbarn beeinflußt worden sei, dürfte bereits auf Grund der bisherigen Darlegungen als unrichtig gelten. Über den von Santillana erwähnten Zusammenhang zwischen der biblischen geulah und dem arabischen Vorkaufsrecht siehe weiter unten S. 28, 29.

[50]) Sachau, S. 500; ebenso Schiiten: Tornauw S. 221 und Malekiten: Santillana S. 448.

[51]) Hedaya S. 518.

[52]) Sachau S. 509; ebenso Malekiten: Perron S. 442.

nicht ausüben will, von denen, die mit der Sache verbundene Rechte, z. B. ein Wasser und Wegerecht, gemeinsam ausüben, endlich aber auch von bloßen Nachbarn ausgeübt werden. Während weiterhin bei mehreren Gleichberechtigten nach schafiitischem Recht das Vorkaufsrecht im Verhältnis der Größe der Anteile der einzelnen Berechtigten ausgeübt wird, geschieht die Verteilung im hanefitischem Recht[53]) lediglich nach der Anzahl der Berechtigten. Nach schafiitischem Recht[54]) kann das Vorkaufsrecht nur bei teilbaren Immobilien ausgeübt werden, nach dem hanefitischen[55]) auch bei unteilbaren Immobilien, z. B. Badehäusern und dergl. Das Vorkaufsrecht ist nach schafiitischem Recht[56]) dinglich, d. h. der Vorkaufsberechtigte erwirbt das Eigentum bereits im Zeitpunkt der Schaffaerklärung, wenn er nur zu gleicher Zeit den Preis anbietet; lediglich dann, wenn der Preis nicht sofort entrichtet wird, geht das Eigentum erst mit dem Ausspruch des Richters über. Nach hanefitischem Recht[57]) hingegen hat der Schaffaberechtigte lediglich ein Recht auf Eigentumsübertragung, erst wenn der Käufer den Anspruch anerkennt oder durch Urteil des Richters erwirbt er das Eigentum. Nach schiitischem Recht[58]) ist der Schaffa vererblich, während er nach hanefitischem Recht[59]) höchst persönlich ist. Während nach schiitischem Recht[60]) das Vorkaufsrecht nur von Muslimen ausgeübt werden kann, können nach schafiitischer und hanefitischer Satzung[61]) auch Ungläubige dies Recht ausüben.

Aus alledem ergibt sich, daß sich der Schaffa gewohnheitsrechtlich im einzelnen sehr verschieden entwickelt hat, und daß wir als gemeinsames Merkmal nur hervorheben können, daß er auf Gemeinschaft (oder Nachbarschaft) sich stützend lediglich bei entgeltlichen Geschäften[62]) über Immobilien Anwendung findet und unverzüglich geltend gemacht werden muß[63])[64]).

---

[53]) Hedaya S. 549.

[54]) Sachau S. 500; ebenso Schiiten: Tornauw S. 221.

[55]) Hedaya S. 558.

[56]) Minhadj S. 123; ebenso Malekiten: Perron S. 445.

[57]) Hedaya S. 550.

[58]) Tornauw S. 222; ebenso Schafiiten: Hedaya S. 561.

[59]) Hedaya S. 561.

[60]) Tornauw S. 222.

[61]) Sachau S. 498.

[62]) Sachau S. 502 ff; Hedaya S. 559; Perron S. 434; Tornauw S. 221; auch beim Tausch.

[63]) Sachau S. 508 ff; Hedaya S. 550; Tornauw S. 221.

[64]) Im übrigen muß wegen der Bestimmungen des Schaffa im einzelnen auf die zitierten ausführlichen Darstellungen der verschiedenen Rechtssysteme hingewiesen werden.

c) Talmudisches Recht[65]).

Da es noch keine eingehende Darstellung des Vorkaufsrechts nach talmudischem Recht in deutscher Sprache gibt[66]), wird es notwendig sein, diese hier zu geben. Am übersichtlichsten ist dieses Recht von Moses Maimonides[67]) dargestellt, sodaß es angebracht erscheint, seine Darstellung in Übersetzung wiederzugeben[68]).

Kapitel 12.

§ 4.

Wenn einer von den Brüdern oder Miteigentümern seinen Anteil einem Fremden verkauft, so entsetzt man den Käufer, und die übrigen Brüder oder Miteigentümer erstatten ihm die Summe, die er bezahlt hat, und der Käufer hat keinerlei Rechte, damit nicht ein Fremder sich zwischen Brüdern oder Miteigentümern ansiedeln kann[69]).

§ 5.

Und nicht nur das, sondern, wenn jemand seinen Acker einem anderen verkauft, so kann der Nachbar dem Käufer den Preis zahlen und ihn entsetzen, und dieser Käufer wird als Beauftragter des Nachbarn angesehen[70]). Diese Vorschrift

---

[65]) Literatur: Joseph Kohler: Darstellung des talmudischen Rechts, in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 20, Stuttgart, 1907, S. 209—210; Lazarus Goldschmidt: Der babylonische Talmud, Band 6, Leipzig, 1906, S. 872—874, 933 (Baba bathra 5 a, Baba mecia 108); Abraham Isaak Kook: Bar meçra in oçar Israel, Band 3, Berlin, 1924, S. 170—173; Lewis N. Dembitz: Neighbouring Landowners in the Jewish Encyclopadia, New York, 1905, Band 9, S. 213—214; Moses Maimonides: Jad hachasaka, hilchoth sch'chenim, Kap. 12, § 4 bis Kap. 14: Isaak Alfasi: Halachoth, Neziqin, § 561—568; Joseph Karo: Choschen mischpat, Kap. 175, § 5 ff.

[66]) Eine Kölner Dissertation aus dem Jahre 1923 über dieses Thema war mir nicht zugänglich.

[67]) a. a. O.

[68]) Es ist mir bewußt, daß Moses Maimonides nicht den talmudischen Rechtsbestand rein wiedergibt, unzweifelhaft finden sich bei ihm starke arabisch-rechtliche (insbesondere hanefitische) Einflüsse (darüber auch weiter unten, Anm. 75 a). Trotzdem dürfte es bei der stark negativ gehaltenen abrupten Fassung des Rechtes im Talmud (siehe Goldschmidt a. a. O.) dienlicher sein, der späteren Darstellung des Maimonides zu folgen. Im übrigen sei schon hier bemerkt, daß das Vorkaufsrecht als solches in der Bibel noch nicht vorkommt, andererseits aber im Talmud als bekannt vorausgesetzt wird, und dort in der Hauptsache nur die Fälle behandelt werden, in denen das Vorkaufsrecht keine Anwendung findet.

[69]) B. m. a. a. O.

[70]) Ebenda. Während das Recht des § 4 jedoch dinglich zu sein scheint, ist das Vorkaufsrecht dieses und der folgenden §§ lediglich obligatorisch.

gilt ebenso, wenn er selbst den Acker verkauft hat, wie wenn ihn sein Beauftragter oder das Gericht[71]) verkauft hat. Und auch dann, wenn der Käufer ein Gelehrter oder Freund oder Verwandter des Verkäufers ist und der Grenznachbar unwissend und ohne Beziehungen zu dem Verkäufer, so geht doch der letztere vor und entsetzt den Käufer[72]). Und dies geschieht deswegen, weil es heißt[73]) »und Du sollst tun, was recht und billig ist« und die Weisen gesagt haben, daß, da doch der Kaufpreis ein und derselbe sei, es recht und billig sei, daß der Nachbar vor dem entfernt Wohnenden den Acker erwerbe.

Sind es jedoch mehrere Grenznachbarn, so haben, falls sie alle gleichzeitig ihren Anspruch geltend machen, alle ein Anrecht an dem verkauften Feld und es wird nach ihrer Anzahl verteilt, und alle zahlen den entsprechenden Preis dem früheren Käufer. Wenn aber einer dem anderen zuvorkommt und den Käufer entsetzt, so hat dieser allein ein Anrecht, da er der Grenznachbar ist. Ebenso, wenn sie zum Teil ihr Anrecht geltend machen, zum Teil aber in der Fremde sind, so entsetzen den Käufer allein die, die anwesend sind, und der Acker gehört ihnen. Ebenso, wenn jemand seinen Acker einem Nachbarn oder Miteigentümer, der nicht einmal sein Miteigentümer in Bezug auf dieses Feld ist, verkauft, so hat dieser allein ein Anrecht an ihm und die anderen Miteigentümer oder Nachbarn können ihn ihm nicht wegnehmen[69]).

§ 6.

Wenn jemand seine ganze Habe verkauft, so kann nicht der Grenznachbar eines Feldes kommen und den Käufer von diesem Felde entsetzen, denn dieser hat dies und ein anderes Feld zusammen erworben[69]). Und ebenso geht das Vorkaufsrecht nicht an beim Verkauf an die früheren Eigentümer[69]) oder beim Kauf von einem Götzendiener[74]).

§ 7.

Wenn jemand an einen Götzendiener verkauft[75]), so belegt man ihn solange mit dem Bann, bis er alle Gefahr auf sich nimmt, die von Seiten des Götzendieners entstehen kann, bzw. bis sich dieser bereit erklärt hat, in allen nach

---

[71]) Selbstverständlich gilt das Recht dann nicht, wenn das Gericht das Feld zur Bestreitung des Unterhalts von Frau und Kindern verkauft hat, vgl. § 9, Rabed und Maggid mischneh s. St.
[72]) Isaak Alfasi, a. a. O., § 565.
[73]) 5. Buch Mose, Kap. 6, Vers 18.
[74]) Da er zu dem Grenznachbarn sagen kann: »Ich habe einen Löwen von Deiner Grenze vertrieben«, B. m. ebenda.

jüdischem Recht mit seinem Nachbarn zu verhandeln; wenn er aber irgendwelchen Zwang auf diesen ausübt, ohne nach jüdischem Rechte dazu berechtigt zu sein, so ist der Verkäufer ersatzpflichtig[69]).

! § 8.

Bei Vermietung entfällt das Vorkaufsrecht[75a]).

§ 9. § 10.

Wenn jemand einem anderen seine Immobilien verpfändet und dann später dem Pfandgläubiger verkauft, so hat das Vorkaufsrecht diesem gegenüber keinen Platz[69]). Ebenso entfällt das Vorkaufsrecht, wenn jemand ein entfernt von seinen anderen Gütern liegendes Feld verkauft, um ein näherliegendes zu kaufen, ebenso ein schlechtes verkauft, um ein besseres dafür zu kaufen[69]), oder das Feld verkauft, um Steuer entrichten zu können oder Begräbniskosten oder seine Haushaltskosten aus dem Erlös zu bestreiten[69]), denn in allen diesen Fällen sind die Eigentümer am Verkauf sehr interessiert und verkaufen nur aus großer Not, und wenn in diesen Fällen das Vorkaufsrecht Geltung haben würde, so würde sich kein Käufer finden, denn ein jeder würde sagen: »Warum soll ich mich mühen und kaufen, da doch ein anderer kommen und mich entsetzen kann«, und die Eigentümer doch andererseits nicht warten können, bis der Grenznachbar das Feld kauft und das Geld bringt.

! § 11.

Wenn nun der Käufer erklärt, der Eigentümer habe ihm das Feld aus den Gründen der §§ 9 und 10 verkauft und der Grenznachbar behauptet: »Du behauptest Unrichtiges, um mein Vorrecht aufzuheben«, so ist der Grenznachbar beweispflichtig; wenn er aber keinen Beweis antreten kann, so soll der Käufer schwören.

! § 12.

Selbst dann, wenn die Sache zweifelhaft ist, kann der Käufer nur auf Grund eines vollgültigen Beweises entsetzt

---

[75]) Das Vorkaufsrecht findet in diesem Fall keine Anwendung, da für den Nichtjuden nicht die Geltung des Satzes: »Du sollst tun, was recht und billig ist«, angenommen wird, B. m. ebenda. Abgesehen davon dürfte es sich bei dieser Bestimmung um eine Gegenmaßregel gegen die Constitutio des Jahres 391 handeln. Im übrigen siehe weiter unten.

[75a]) Ebenso Houdas-Martel, a. a. O. S. 501. Bei allen mit einem Ausrufungszeichen bezeichneten Bestimmungen läßt sich eine frühere Quelle im jüdischen Recht nicht nachweisen. In den meisten Fällen handelt es sich, wie hier, um eine Entlehnung aus arabischen Rechtsquellen (besonders hanefitischen). Im übrigen siehe zu den einzelnen Stellen.

werden. Wenn daher der Käufer geltend macht, daß der Grenznachbar das andere Feld dolos oder nur als Pächter, Mieter oder Pfandgläubiger besitzt, so muß der Grenznachbar für sein volles Eigentum Beweis antreten und ebenso in allen ähnlichen Fällen.

§ 13.

Beim Verkauf an minderjährige Waisen greift das Vorkaufsrecht nicht Platz[69]), denn es entspricht mehr der Billigkeit, daß man ihnen Gutes tut als den Nachbarn.

§ 14.

Dasselbe gilt beim Verkauf an eine Frau[69]), da sie sich nicht mühen und ein anderes Feld kaufen kann, ist es recht, daß der Acker ihr verbleibt.

! § 15.

Ist es aber zweifelhaft, ob es sich um ein weibliches Wesen handelt, so darf der Grenznachbar sie entsetzen.

§ 16.

Gehört das Feld dem einen und der Bau oder die Bäume darauf einem anderen, und der Eigentümer des Baues oder der Bäume hat ein Anrecht am Felde, so gilt der eine als Grenznachbar des anderen. Wenn daher der eine seinen Anteil verkauft, so kann der andere den Käufer entsetzen. Wenn aber der Eigentümer des Baues oder der Bäume kein Anrecht am Boden hat, sondern der Eigentümer des Bodens ihm die Benutzung untersagen kann, und der Eigentümer des Feldes dieses verkauft, so erwirbt es der Käufer, und der Eigentümer des Baues oder der Bäume kann ihn nicht entsetzen. Wenn aber der Eigentümer des Baues oder der Bäume diese verkauft, so kann der Eigentümer des Feldes den Käufer jederzeit entsetzen[76]).

§ 17.

Liegen zwischen den beiden Feldern ein Gestrüpp oder Dattelpalmen oder ein starker und hoher Bau oder eine Höhle oder dergl. so prüft man, ob man einen Pfad durch das trennende Stück legen kann, sodaß die beiden Felder miteinander verbunden werden. Ist dies der Fall, so gelten

[76]) Isaak Alfasi, a. a. O., § 566.

die Anlieger als Grenznachbarn und können den Käufer entsetzen, andernfalls jedoch nicht[77]).

Kapitel 13.

§ 1.

Bei Schenkungen entfällt das Vorkaufsrecht. Steht jedoch in der Schenkungsurkunde, daß der Schenker für jeden Schaden aufkomme, so gilt das Vorkaufsrecht, da es sich in diesem Fall um einen Verkauf handelt, und der Ausdruck »Schenkung« nur gebraucht worden ist, um das Vorkaufsrecht auszuschalten[69]). Als Preis hat der Grenznachbar in diesem Fall den Wert des Grundstücks zu zahlen.

§ 2.

Gibt der Käufer den Betrug zu und sagt: »Ich habe das Feld für die und die Summe gekauft,« so soll er dies beschwören, und nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag den Preis erhalten[78]). Es scheint mir aber, daß dies nur dann gilt, wenn er einen zutreffenden oder nur um ein geringes höheren Preis genannt hat, wenn er aber bei einem Feld, das 100 Minen wert ist, angibt, er habe es mit 200 Minen bezahlt, so glaubt man ihm nicht.

§ 3.

Stand in der Schenkungsurkunde: »Ich übernehme die Haftung für diese Schenkung, sodaß ich, wenn Dir das Feld weggenommen wird, Dir 200 Minen zahle«, so muß ihm der Grenznachbar 200 Minen zahlen und kann ihn erst dann entsetzen, wenn das Feld auch nur 100 Minen wert ist[78]).

§ 4.

Beim Tausch eines Hofes gegen einen anderen, findet das Vorkaufsrecht keine Anwendung. Wird ein Hof jedoch gegen Vieh oder Mobilien eingetauscht, so schätzt man den Wert dieses Viehes oder dieser Mobilien ab, und gegen Zahlung dieser Summe kann der Grenznachbar den Käufer entsetzen, und dieser kann nicht zu ihm sagen: »Gib mir das, wofür ich das Feld gekauft habe«, denn dieses wäre dolos und für den Käufer ohne Nutzen.

---

[77]) Isaak Alfasi, a. a. O., § 568. Ob im übrigen das Vorkaufsrecht bei Häusern gilt, ist auf Grund dieser Stelle zweifelhaft, vgl. Raschbo in t'schuboth ha'raschbo hamejuchasot le haramban, Warschau, 1883, Nr. 26 und Beth-Joseph zu Turim, Choschen mischpat, Kap. 275, § 81.

[78]) Isaak Alfasi, § 563.

§ 5.

Hat jemand ein kleines Stück inmitten seines Feldes und dann dem Käufer das Feld, das an das mittlere Feld grenzt, verkauft, so ist zu prüfen, ob das kleine Stück, das er zuerst verkauft hat, besser oder schlechter als das Feld ist, daß er später verkauft hat. In diesem Falle hat der frühere Käufer ein Anrecht, und der Grenznachbar kann ihn nicht entsetzen, da er ja selber in Bezug auf das kleine Stück Feld in der Mitte Grenznachbar ist. Wenn aber dies kleine Stück in der Mitte von derselben Beschaffenheit wie das zuletzt verkaufte Feld ist, so ist diese Verkaufsweise dolos und der Grenznachbar kann den Käufer von dem zuletzt gekauften Felde entsetzen[69]).

! § 6.

Ist der Kauf unter einer Bedingung von seiten des Verkäufers oder des Käufers abgeschlossen worden, so kann der Grenznachbar den Käufer erst bei Eintritt der Bedingung entsetzen[78a]).

! § 7.

Hat der Käufer auf dem Felde Bauten vorgenommen und es meliorisiert oder vorhandenes eingerissen und verschlechtert, so kann ihn der Grenznachbar gegen Zahlung des jetzt angemessenen Preises entsetzen, denn der Käufer wird in allen Dingen als ein Beauftragter des Grenznachbarn angesehen[78b]). Ebenso, wenn der Käufer auf das Feld eine Schuld aufgenommen hat, bevor ihn der Grenznachbar entsetzt hatte, kann der Gläubiger späterhin, wenn der Grenznachbar das Feld übernommen hat, es diesem nicht mehr wegnehmen, da in allen Fällen der Grundsatz gilt: »Ich habe Dich nur beauftragt zu verbessern und nicht zu verschlechtern«. Deswegen muß der Grenznachbar bei Verbesserungen die Auslagen dem früheren Käufer erstatten, kann aber Verschlechterungen — Umgrabungen, Einreißen, Verzehren von Früchten — vom Kaufpreis abziehen. Das gilt aber nur dann, wenn der Käufer die Früchte verzehrt hat, nachdem er vom Grenznachbarn den Kaufpreis erhalten hat, aber vorher ist er berechtigt, die Früchte zu verzehren[78b]).

! § 8.

Hat jemand ein Feld von zwei Leuten gekauft, so kann ihn der Grenznachbar nicht allein von der Hälfte, die er

---

78a) Ebenso Mohammed Kadri Pascha a. a. O. S. 27, 29.
78b) Ebenso Hedaya a. a. O. S. 556, 557; Perron a. a. O. S. 456.

von dem einen gekauft hat, entsetzen; hat aber jemand sein Feld an zwei Leute verkauft, so kann der Grenznachbar beide oder auch nur einen entsetzen[78c]).

! § 9.

Hatte der Grenznachbar sein eigenes Feld verkauft, bevor er dem Käufer gegenüber sein Vorkaufsrecht geltend macht, so hat er dieses verwirkt[78d]).

! § 10.

Hat der Grenznachbar den Verkauf vermittelt, so kann er den Käufer nicht entsetzen, denn er hat ihm ja das Feld verkauft, und es gibt keinen größeren Verzicht als diesen[78e]).

! § 11.

Nimmt der Gläubiger des Verkäufers das ihm verpfändete Feld aus der Hand des Grenznachbarn weg, so muß sich dieser an den früheren Käufer, und dieser wieder an den Verkäufer halten.

! § 12.

Jeden Gläubiger, der für seine Forderung das Feld in Besitz genommen hat, kann der Grenznachbar entsetzen, da dessen Kraft nicht größer sein soll, als die eines Käufers. Wenn aber der Schuldner die Schuld bezahlen will, so erhält er das Feld zurück.

! § 13.

Für den minderjährigen Grenznachbarn entsetzt das Gericht, wenn es für ihn vorteilhaft ist, den Käufer, oder nimmt seinen Anteil mit den andern Grenznachbarn.

! § 14.

Ein Mann, dessen Frau Grenznachbar ist, kann den Käufer entsetzen, da er über das ganze Eigentum seiner Frau verfügungsberechtigt ist und alle ihre Rechte ihm zustehen. Hat seine Frau mit seinem Wissen oder sein mit der Führung von Geschäften beauftragter Sklave den Käufer

78c) Ebenso Sachau a. a. O. S. 510 ff.
78d) Ebensn Hedaya a. a. O. S. 550, 562.
78e) Ebenso Hedaya a. a. O. S. 562.

entsetzt, so kann er es bestätigen. Andernfalls fällt das Feld an den Käufer zurück, und dieser muß den Preis zurückerstatten.

Kapitel 14.

§ 1.

Wenn jemand sein Feld verkaufen will und den Grenznachbarn und den, der zum Kaufe bereit ist, vor Gericht lädt und zu dem Grenznachbar sagt: „Bist Du bereit, für das Feld die und die Summe zu bezahlen, andernfalls wird es jener kaufen", so muß der Grenznachbar entweder sogleich den Kaufpreis entrichten oder er verliert sein Anrecht. Wenn er sagt: „Ich will mich bemühen, mir das Geld zu verschaffen", so hört man nicht auf ihn; „ich will gehen und das Geld holen", und es sicher ist, daß er Geld zu Hause hat, so wartet man, bis er geht und das Geld bringt; ist es aber nicht sicher, so hört man nicht auf ihn, da er mit seiner Erklärung nur Zeit gewinnen will[69]). Deswegen sagt man zu ihm: „Entweder zahle gleich die Summe oder Du verlierst Dein Anrecht", da man dem Grenznachbarn nichts zu stunden braucht. Zahlen Grenznachbarn und Käufer beide sogleich das Geld und ist das Geld des Käufers besser oder gangbarer als das Geld des Grenznachbarn, so verliert letzterer sein Anrecht[69]). Wollte der Käufer das Feld kaufen, um Häuser darauf zu bauen, der Grenznachbar aber, um darauf zu säen, so geht der Käufer vor, da es eine Pflicht ist, Wohngelegenheiten zu schaffen und der Grenznachbar hat kein Anrecht[69]).

§ 2.

Hat sich der Käufer mit dem Grenznachbarn verabredet und ihm gesagt: „Dein Grenznachbar N. N. will sein Feld verkaufen, ich will es erwerben", und hat der Grenznachbar sich damit einverstanden erklärt, so hat er sein Anrecht nicht verloren und kann ihn nach dem Kauf entsetzen, falls er nicht durch einen formellen (Kinjan)akt auf sein Anrecht verzichtet hat. Dies gilt aber nur, wenn er vor dem Kauf auf sein Recht verzichtet hat, hat er aber nach dem Kaufabschluß verzichtet, hat er z. B. ihm beim Bauen des Feldes geholfen oder hat er es von ihm gemietet oder hat er ihn etwas bauen oder einreißen gesehen und hiergegen keinen Einspruch erhoben, so hat er vollkommen verzichtet und kann ihn nicht mehr entsetzen[69]) [79]).

---

[79]) Vgl. Maggid Mischneh z. St.

§ 3.

War der Grenznachbar im fremden Lande oder krank oder minderjährig, so kann er den Käufer nach Wegfall der Hindernisse nicht mehr entsetzen, denn wenn man dies gestatten würde, könnte niemand mehr sein Feld verkaufen, da der Käufer befürchten müßte, daß das Feld ihm nach Jahren weggenommen werden würde. — Dies haben die Gaonen gelehrt.

§ 4.

Wenn jemand sein Feld, das 200 Minen wert ist, für 100 Minen verkauft hat, und es einem jedem für diesen billigeren Preis verkauft hätte, so kann auch der Grenznachbar den Käufer gegen Zahlung von 100 Minen entsetzen; andernfalls muß er ihm die 200 Minen, die das Feld wert ist, zahlen, da der Verkäufer es nur schenkungsweise billiger verkauft hat. Hat der Käufer aber ein Feld im Werte von 100 Minen für 200 Minen erworben, so kann ihn der Grenznachbar nur gegen Zahlung von 200 Minen entsetzen[69]).

Wendet der Grenznachbar ein, daß der Preis in doloser Absicht vereinbart worden sei, so muß der Käufer dies abschwören und erhält dann die 200 Minen. Hat er aber Zeugen, daß er 200 Minen gezahlt hat, und behauptet der Grenznachbar, daß diese Zahlung nur zum Schein erfolgt sei, weiß er aber nicht genau, daß der Verkäufer nur 100 Minen vom Käufer erhalten hat, so muß er den Preis zahlen, den die Zeugen bekunden. Dann erst kann er ihn entsetzen und ihm den Eid zuschieben, daß er es für 200 Minen gekauft habe. Durch Leistung dieses Eides wird dann der Käufer frei[79]).

§ 5.

Wollen zwei Leute ein und dasselbe Feld zu demselben Preis kaufen, ohne daß der eine von beiden Grenznachbar ist, gehört aber der eine zu den Einwohnern der Stadt, der andere zu den Nachbarn des Feldes, so geht der Einwohner der Stadt vor. Ist der eine Nachbar, der andere ein Gesetzeskundiger, so geht der letztere vor. Ist der eine ein Verwandter, der andere ein Gesetzeskundiger, so geht wiederum der letztere vor. Ist der eine Nachbar, der andere ein Verwandter, so geht der Nachbar vor, denn auf ihn bezieht sich der Satz, „du sollst tun, was recht und billig ist“[80]). Hat aber in einem dieser Fälle der Unwürdigere das Feld erworben, so kann ihn der Würdigere nicht entsetzen, da er kein Grenznachbar

[80]) Isaak Alfasi, § 565.

ist. Denn in diesen Fällen haben die Weisen es nur geboten als Akt der Frömmigkeit, und wer dies tut, hat ein frommes Herz.

d) Zusammenfassung.

Es ergibt sich mithin, daß in den drei in Betracht kommenden orientalischen Rechten das gesetzliche Vorkaufsrecht eine bedeutsame Rolle spielt. Wenn auch die Berechtigten in den einzelnen Rechten verschieden sind, während es hier die Verwandten und Miteigentümer sind, sind es dort die Nachbarn und Anlieger, so stimmen die Rechte doch in den Hauptpunkten miteinander und — was für unsere Untersuchung von besonderer Bedeutung ist —, mit dem Recht der byzantinischen Novelle überein. In allen diesen Rechten haben die Berechtigten das Vorkaufsrecht nur bei entgeltlichen Veräußerungen von Immobilien, während es bei Schenkungen u. dergl. entfällt. Als Quelle für das Vorkaufsrecht wird sowohl im syrischen als im talmudischen Recht das ius aequum et bonum angegeben[81]). Und gerade deswegen, weil es lediglich als ein selbstverständlicher Ausfluß der Billigkeit angesehen wurde, hat sich das Vorkaufsrecht im einzelnen gewohnheitsrechtlich sehr differenziert, sodaß es in den einzelnen Rechtsgebieten nur noch in den Hauptpunkten übereinstimmte.

Nach alledem ist es sehr wahrscheinlich, daß dieses orientalische Gewohnheitsrecht im Ausgang des Altertums in Byzanz Eingang fand[82]) und dann im Jahre 922 von den Kaisern legalisiert worden ist. Weiterhin ist aber anzunehmen, daß es sich auch bei den durch die Konstitution des Jahres 391 aufgehobenen Vorrechten um derartige orientalische Gewohnheitsrechte gehandelt hat. Einen Hinweis auf diese enthält die Konstitution selbst, indem sie als — nach ihrer Ansicht fälschliche — Begründung dieser Rechte, die „honestas" angibt,[83]) ein Begriff, der sich mit dem pesend und dem „recht und billig handeln" vollkommen deckt. Indem nun der römische Kaiser die Begründung des Rechts als irrig hinstellt, will er dem Rechte selbst den Boden entziehen, und seine Ausübung als „gravis iniuria" verpönen. Die byzantinischen Kaiser auf der andern Seite geben dem Rechte, dessen tatsächlicher Übung sie nicht steuern können, eine andere

---

[81]) Und zwar ist in beiden Rechten das gesetzliche Vorkaufsrecht das einzige Recht, das man lediglich mit dem ius aequum begründet; im syrischen Recht wird es als Hauptfall des pesend (vgl. Anm. 45), im talmudischen Recht als die einzige Rechtsübung angegeben, die auf den Bibelvers 5. Buch Mose, Kap. 6, Vers 18 (vgl. Anm. 73) zurückgeführt wird.

[82]) Ein weiterer Grund für dieses Eindringen weiter unten.

[83]) »Quae inani honestatis colore velatur«, vgl. Anm. 13.

Begründung, um hierdurch die Rechtsausführungen der römischen Kaiser aufrecht erhalten zu können.

§ 6.

Dogmatische Begründung des Vorkaufsrechts.

Nachdem somit der Zusammenhang der Bestimmungen der Novelle des Jahres 922 und der auf ihr fußenden abendländischen Rechtsentwicklung mit den orientalischen Volksrechten als nachgewiesen anzusehen ist, erhebt sich nunmehr die weitere Frage nach dem Grund des Eindringens dieses orientalischen Rechts. Weiterhin ist es auffällig, daß dieselbe Institution, die der römische Kaiser als gravis iniuria brandmarkt, in den orientalischen Rechten als der selbstverständliche Ausfluß des ius aequum et bonum angesehen wird. Eine Antwort auf diese Fragen wird eine nähere Analyse des Eigentumsbegriffs nach römischem und orientalischem Recht bieten.

a) Römisches Recht.

Nach römischem Recht schließt das Eigentum, — ganz gleich ob an Mobilien oder Immobilien — das „an sich schrankenlose Recht über eine Sache“[84]) in sich. Nach der Definition, die das Bürgerliche Gesetzbuch[85]) im Anschluß an römische und gemeinrechtliche Anschauungen gibt, ist das Eigentum „das Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen — soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen“. Als Urform des Eigentumserwerbes sah der Römer den Erwerb vom Feinde mit Waffengewalt an, ein Erwerb, der dann auch mit Waffengewalt gegen die Umwelt zu verteidigen ist, und der die Rechte aller andern ausschließt[86]). Es soll jedoch nicht übersehen werden, daß auch die Römer neben diesem „quiritischen“ Eigentum ein anderes Eigentum kannten, das — im vollen Gegensatz zu dem ersteren — an Provinzialgrundstücken bestand, das aber den Römern lediglich als eine

[84]) Definition Windscheids; über die einzelnen Definitionsversuche nach römischen und ebenso gemeinem Recht, vgl. Schloßmann: Über den Begriff des Eigentums in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Band 45, Jena, 1903, S. 385, 386, und Bücher a. a. O. S. 514—532.

[85]) § 903.

[86]) Vgl. Caius IV, 16: Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quod maxima sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent.

possessio vel usus fructus erschien[87]). Für den römischen Bürger war das Eigentum ein unumschränktes Verfügungsrecht über seinen Besitz, mit dem er machen konnte, was er wollte. Alle Versuche, dieses Eigentumsrecht irgendwie gesetzlich einzuschränken, die Verfügungsmacht zugunsten eines unbestimmten Personenkreises zu beschränken, mußten daher dem Römer als wider die guten Sitten verstoßend erscheinen. Deswegen waren für den römischen Kaiser „concessiones, quibus homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti" eine gravis iniuria, deswegen betont der römische Kaiser ausdrücklich, daß „unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem"[88]), und verschafft so dem römischen Rechtsempfinden mit diesen Worten eine besondere Genugtuung.

b) Orientalisches Recht.

Anders nach orientalischem Recht[89]). Nach diesem gibt es an Grund und Boden an und für sich überhaupt kein Eigentum. Ebenso wenig, wie der Mensch über sein Leben oder seine Gesundheit verfügen kann, ebenso wenig kann er dieses über sein Feld oder anderen unbeweglichen Besitz tun. All seine Aecker und Felder sind ihm lediglich zur Bearbeitung geliehen, das Eigentum als solches steht nicht ihm, sondern Gott oder, wem sonst das Obereigentum zugeschrieben wird (dem Volke, Stamm oder Familie) zu[90]). Er hat nur die Möglichkeit die Erträgnisse seines Feldes für eine bestimmte Zeit einem andern zu übertragen, ebenso, wie er sich selbst einem andern auf bestimmte Zeit zur Dienstleistung „verkaufen" darf[91]). Im „Jobeljahr" kehrt jedoch der Grund und Boden an den früheren Eigentümer zurück[92]). Wie es aber religiöse Pflicht ist, daß die Verwandten denjenigen, der sich einem andern für bestimmte Zeit verkauft hat, wieder auslösen, so ist dieses auch beim Verkauf von Grund und Boden Pflicht[93]), da angenommen wird, daß jemand sein Feld

---

[87]) Caius II, 7: Q . . . quia in eo (provinciali) solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usum fructum habere videmur. Wie weit bei dieser Rechtsgestaltung auch schon orientalische Einflüsse als vorhanden anzunehmen sind, läßt sich im Rahmen dieser Arbeit nicht nachprüfen.

[88]) Vgl. Anm. 13.

[89]) Ich folge bei der Darstellung des Eigentumsrechts den Vorschriften, die im Pentateuch gegeben sind. Ähnliche Rechtsanschauungen finden sich in sämtlichen anderen orientalischen Rechten wieder.

[90]) »Denn mir gehört die Erde«, 3. Buch Mose, Kap. 25, Vers 23.

[91]) Ebenda Vers 15 ff; vgl. 2 Buch Mose, Kap. 21, Vers 2 ff.

[92]) Ebenda, Vers 13.

[93]) Vers 25 ff, die sogenannte Geulah-Pflicht.

nur dann verkaufen wird, wenn er in größter Not ist. In dieser Weise werden die Immobilien (bis auf die Häuser in ummauerten Städten[94]) dem Handelsverkehr als solchem vollkommen entzogen und bilden ebenso wie Leben und Freiheit der Einzelnen sein unveräußerliches Recht. Diese Anschauungen haben sich in der früheren Zeit, da das jüdische Volk auf eigenem Grund und Boden lebte, lange im Volke lebendig erhalten[95]). Als aber späterhin die Durchführung dieser Gedanken durch die äußeren Verhältnisse unmöglich wurde, hat sich doch weiterhin die Anschauung erhalten, daß der einzelne nur insoweit über seinen Grund und Boden verfügen darf, als er keinen andern irgendwie durch diese seine Verfügung schädigt. Wenn daher jemand seinen Acker verkaufen wollte, so war es selbstverständliche Pflicht, daß er sich zuerst an diejenigen wandte, die ein besonderes Interesse an diesem Felde hatten, seine Miteigentümer, Nachbarn und Verwandten. Diese Pflicht wurde so stark von jedem einzelnen empfunden, daß durch die spätere Regelung nur die Fälle angegeben zu werden brauchten, in denen diese Pflicht nicht bestand, im übrigen genügte der Hinweis auf die Bibelstelle: „Und du sollst tun, was recht und billig ist".

Diese Anschauung hat auch sonst zu besonderen Anordnungen über die Veräußerung und den Erwerb von Grundstücken geführt, die in ihrem Wesen ein Kompromiß zwischen den tatsächlichen gegebenen Verhältnissen und dem Idealrecht, nach dem es überhaupt keine Veräußerung von Grundstücken gibt, darstellt[96]). Diese Rechtsordnungen sind im Ausgange des Altertums nach Byzanz und in das Abendland eingedrungen und haben sich dort zum Teil, wie das hier dargestellte gesetzliche Vorkaufsrecht, durchgesetzt. Nur so ist es zu erklären, daß derartige Rechtsanordnungen, deren Ursprung uns zum Teil noch unbekannt ist, und die, ohne daß ihre Grundlage mit übernommen wurde, den Verkehr bestimmten, sich in abendländischen Rechtsquellen wiederfinden.

---

[94]) Ebenda Vers 29 f, siehe dagegen Vers 31 ff.

[95]) Vgl. 4. Buch Mose, Kap. 36; Jeremia, Kap. 32, Vers 6 ff.

[96]) Eine der wichtigsten dieser Rechtsgestaltungen ist das Erbpachtrecht, das sich im griechischen und spätrömischen Rechte als Emphyteusis wiederfindet und das sich nur durch diesen Zusammenhang erklären lassen dürfte.

LEBENSLAUF

Ich bin am 3. September 1902 in Ostrowo, Provinz Posen, als Sohn des Rabbiners Dr. Samuel Freund geboren und habe in Hannover in den Jahren 1909–1921 das Goethe-Gymnasium besucht. In den Jahren 1921–1924 habe ich auf den Universitäten in München, Breslau und Berlin die Rechtswissenschaften studiert und am 18. Juni 1924 am Kammergericht in Berlin die erste juristische Prüfung bestanden. Seitdem bin ich Referendar in Breslau.

Eduard Freund.